

Erkennen und unbestimmter Rechtsbegriff

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. iur. **Christian Hufen**, Augsburg*

I. Einleitung

Das Ermessen und der unbestimmte Rechtsbegriff gehören zu den wichtigsten Begriffen des Öffentlichen Rechts. Auch wenn die Unterscheidung in der Rechtswissenschaft nicht unumstritten ist,¹ ist es für den Studierenden wichtig, die Begriffe voneinander abgrenzen zu können und sich bewusst zu machen, inwieweit die Ermessensausübung und die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

II. Das Ermessen (§ 40 VwVfG/Art. 40 BayVwVfG)

1. Begriff

Das Ermessen betrifft immer die Rechtsfolgenseite einer Norm.² Wie der unbestimmte Rechtsbegriff verdankt die Figur ihre Existenz dem Umstand, dass der Gesetzgeber nicht jeden regelungsbedürftigen Sachverhalt voraussehen kann. Daher hat er viele Normen so ausgestaltet, dass dem Rechtsanwender, also der jeweiligen Behörde, bei der Anwendung ein Spielraum bleibt.³ Das wird dadurch erreicht, dass auf der *Rechtsfolgenseite* der Norm eine Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten gegeben wird. Sind also die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, so kann die Behörde wählen, was sie tut. Hierbei unterscheidet man zwischen *Entschließungsermessen*, bei dem die Behörde wählen kann, ob sie überhaupt tätig wird,⁴ und dem *Auswahlermessen*, bei dem die Behörde zwischen verschiedenen möglichen Handlungsformen wählen darf.⁵

Beispiel 1: Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayBO:

„Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt, kann die Bauaufsichtsbehörde die Einstellung der Arbeiten anordnen.“

Hier liegt ein Fall des Entschließungsermessens vor. Die Behörde kann die Einstellung der Bauarbeiten anordnen, kann dies aber auch unterlassen.

Beispiel 2: Art. 8 PAG:

„(1) Geht von einer Sache eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten.

(2) ¹Maßnahmen können auch gegen den Eigentümer oder einen anderen Berechtigten gerichtet werden.“

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre von Prof. Dr. Matthias Rossi an der Universität Augsburg.

¹ Z.B. Herdegen, JZ 1991, 747.

² Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2008, § 4 Rn. 203.

³ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 7 Rn. 14.

⁴ Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn. 39.

⁵ Vgl. Fn. 4.

Hier liegt ein Fall des Auswahlermessens vor. Die Polizeibehörde kann bei Vorliegen der Voraussetzungen Maßnahmen an den Inhaber der tatsächlichen Gewalt, den Eigentümer oder einen anderen Berechtigten richten.

Es gibt auch Normen, die sowohl Entschließungs- als auch Auswahlermessen einräumen. Hierzu das folgende Beispiel:

Beispiel 3: Art. 16 S. 1 PAG:

„Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Orts verbieten.“

2. Gegenbegriff: Die gebundene Entscheidung

Den Gegensatz zu Ermessensentscheidungen bilden die gebundenen Entscheidungen. Im Unterschied zu den Ermessensentscheidungen formuliert die Norm hier für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge. Der Behörde verbleibt hier kein Spielraum, sondern sie muss beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung die genannte Rechtsfolge treffen.⁶ Das Gesetz stellt an zahlreichen Stellen, beispielsweise in Art. 36 BayVwVfG, auf die Differenzierung zwischen gebundenen und Ermessensentscheidungen ab, so dass eine Unterscheidung hier von Bedeutung ist. Für eine gebundene Entscheidung folgendes Beispiel:

Beispiel 4: Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO:

„Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.“

3. Gerichtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen – Ermessensfehler

Ist der Tatbestand einer Ermessensnorm erfüllt, so kann die Behörde dennoch nicht willkürlich von ihrem Ermessenspielraum Gebrauch machen. Dies verbietet sich schon im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung⁷ und ist in § 40 VwVfG (Art. 40 BayVwVfG) ausdrücklich formuliert.

Für die gerichtliche Kontrolle bedeutet das, dass die Verwaltungsgerichte zwar nicht prüfen dürfen, ob eine Ermessensentscheidung unzweckmäßig war, das heißt eine andere Ausübung des Ermessens sinnvoller oder zweckmäßiger gewesen wäre. Jedoch können die Gerichte in vollem Umfang überprüfen, ob das Ermessen *rechtmäßig* ausgeübt wurde, vgl. § 114 S. 1 VwGO. Zur Beantwortung der Frage, wann von einer rechtswidrigen Ermessensausübung auszugehen ist, haben Rechtsprechung und Wissenschaft unter Rückgriff auf § 40 VwVfG und § 114 VwGO *Ermessensfehler* definiert, deren Vorliegen die Gerichte prüfen. Die Terminologie der Ermessensfehler in der Literatur ist nicht einheit-

⁶ Peine (Fn. 2), § 4 Rn. 200.

⁷ BVerwGE 9, 137 (147).

lich, so werden Ermessensunterschreitung und Ermessensnichtgebrauch teilweise als nur ein Ermessensfehler angesehen,⁸ während zum Teil andererseits Ermessensmissbrauch als Unterfall statt als Synonym des Ermessens Fehlgebrauchs angesehen wird.⁹ Wiederum andere Stimmen in der Literatur klassifizieren das Verkennen ermessenserheblicher Belange als selbständigen Fehler des Ermessensdefizits,¹⁰ während andere dies als Fall des Ermessens Fehlgebrauchs betrachten.¹¹ Von unterschiedlichen Terminologien sollte sich der Lernende nicht verwirren lassen, denn unter welchen Begriff sich ein Ermessensfehler subsumieren lässt, spielt für die Fallprüfung keine Rolle.

Die Ermessensfehler sind nach der hier vertretenen Kategorisierung im Einzelnen:

a) Der Ermessensnichtgebrauch/Ermessensausfall

Ein Ermessensnichtgebrauch oder Ermessensausfall liegt vor, wenn die Behörde das bestehende Ermessen nicht ausübt, weil sie es nicht erkennt oder sich gebunden fühlt.¹² Dazu folgendes Beispiel:

Beispiel 5:

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayBO (s. Beispiel 1) liegen vor, die Bauaufsichtsbehörde ordnet die Einstellung der Arbeiten an. In der schriftlichen Begründung führt die Behörde aus, dass die Anordnung erfolgen *musste*.

Die Einstellungsanordnung liegt eigentlich im Ermessenspielraum der Behörde und das Gericht darf auch nicht prüfen, ob diese Anordnung zweckmäßig war. Aus der Begründung ergibt sich jedoch, dass die Behörde von einer Rechtspflicht zum Erlass der Anordnung ausging. Die Behörde hat also ihr Ermessen nicht erkannt und demzufolge keinen Gebrauch davon gemacht. Folglich liegt der Ermessensfehler des Ermessensnichtgebrauchs vor.

b) Die Ermessensunterschreitung

Von einer Ermessensunterschreitung spricht man, wenn die Behörde ihr Ermessen nicht voll ausschöpft.¹³ Dazu folgendes Beispiel:

Beispiel 6:

Es geht von einer Sache eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus. (vgl. Beispiel 2). Die Polizeibehörde verhängt eine Maßnahme gegen den Eigentümer, der aber nicht unmittelbarer Besitzer ist. Es stellt sich heraus, dass die Polizeibe-

hörde ihn als Adressaten gewählt hat, weil sie keinen „anderen Berechtigten“ ermitteln konnte.

Auch hier liegt die Entscheidung eigentlich im Rahmen des Ermessens. Jedoch hat die Behörde nicht erkannt, dass ihr nicht nur zwei Möglichkeiten, zur Verfügung stehen, sondern dass sie auch gegenüber dem unmittelbaren Besitzer als Inhaber der tatsächlichen Gewalt hätte vorgehen können.

c) Die Ermessensüberschreitung

Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörde eine Rechtsfolge trifft, die nicht mehr im gesetzlichen Ermessensspielraum liegt.¹⁴

Beispiel 7:

Erneut geht von einer Sache eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus. Die Behörde verhängt eine Maßnahme gegen den Voreigentümer.

Die gewählte Rechtsfolge wird von der Ermessensnorm nicht vorgesehen. Das der Behörde eingeräumte Ermessen ist damit überschritten.

d) Der Ermessens Fehlgebrauch/ Ermessensmissbrauch

Der Ermessens Fehlgebrauch stellt den wohl häufigsten Fall des Ermessensfehlers dar. Von einem Ermessens Fehlgebrauch ist auszugehen, wenn die Behörde ihre Ermessenserwägungen nicht an dem Sinn des Ermessens, nämlich der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit, orientiert.¹⁵

Hiervon kann man ausgehen, wenn die Behörde entscheidungserhebliche Belange nicht ausreichend in ihre Entscheidung mit einbezieht.¹⁶ Insbesondere sind grundrechtlich geschützte Belange, wenn sie berührt sind, in die Entscheidung mit einzubeziehen und entsprechend ihrem Gewicht zu würdigen (s. insbesondere dazu Ermessenreduzierung auf Null).

Wenn die Behörde Belange, die sachfremd sind, in die Entscheidung mit einbezieht, liegt ebenfalls ein Ermessens Fehlgebrauch vor.¹⁷

Beispiel 8:

Bauherr B errichtet eine Garage im Widerspruch zu einer öffentlich-rechtlichen Bestimmung. Der zuständige Gemeindebeamte G überlegt, ob er Einstellungsanordnung nach Art. 75 Abs.1 S. 1 BayBO (s.o.) erlassen soll. G kennt den B schon lange und weiß daher, dass B samstags immer für den „falschen“ Fußballverein jubelt und ihm auch ansonsten recht unsympathisch ist. Aus diesem Grund entschließt er sich, eine Einstellung der Bauarbeiten anzuordnen.

⁸ Z.B. Maurer (Fn. 3), § 7 Rn. 21.

⁹ Vgl. die Unterschiede bei *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 46 und *Peine* (Fn. 2), § 4 Rn. 219 f. andererseits.

¹⁰ So *Decker*, in: Posser/Wolf (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2010, § 114 Rn. 21.

¹¹ *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 46.

¹² BVerwGE 84, 375 (389).

¹³ *Rennert*, in: Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2006, § 114 Rn. 17.

¹⁴ *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl. 2009, § 114 Rn. 7.

¹⁵ *Jestadt*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 10 Rn. 61.

¹⁶ *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 46.

¹⁷ BVerwGE 95, 86 (92 ff.).

Liegt die Entscheidung, hier eine Baueinstellung anzuordnen, innerhalb des Ermessensspielraumes, so ist es dennoch rechtswidrig, sie auf offensichtlich sachfremde Erwägungen zu stützen wie hier. Ein Ermessensfehlgebrauch ist damit zu bejahen.

Beispiel 9:

Aktionskünstler K möchte eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis nach Art. 18 BayStrWG für die Fußgängerzone beantragen, um dort eine Performance aufzuführen. Die Behörde versagt die Genehmigung, weil K den Fußgängerverkehr nur für sein privates Vergnügen behindere und er keine rechtlich schützenswerten Belange geltend machen könne.

Hier hat die Behörde offensichtlich übersehen, dass das Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG für K streitet und sie insofern ihr Ermessen fehlerhaft gebraucht.

4. Die Ermessensreduzierung auf Null

Im Einzelfall kann es passieren, dass sich die Auswahlmöglichkeit der Behörde auf nur eine Entscheidung reduziert, weil alle anderen möglichen Entscheidungen rechtswidrig wären.

Häufig liegen solche Ermessensreduzierungen auf Null bei massiven Grundrechtsbeeinträchtigungen¹⁸ oder schweren Gefahren für wichtige Rechtsgüter vor.¹⁹ Denn wiegt ein rechtlich geschützter Belang bei den Ermessenserwägungen so schwer, dass alle übrigen Belange dahinter zurückstehen, so kann die Behörde nicht anders, als zu dessen Gunsten zu entscheiden. Jede andere Entscheidung würde die Bedeutung dieses Belanges verkennen und damit einen fehlerhaften Ermessensgebrauch darstellen.

Beispiel 10:

Nach Art. 11 Abs. 1 PAG kann die Polizei geeignete Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung treffen. Der Polizeibeamte P bemerkt auf einem Streifengang an einem heißen Augustnachmittag, dass sich in einem nicht im Schatten parkenden PKW ein Säugling befindet, der äußerlich bereits Anzeichen eines Hitzschlages zeigt. Wo der Fahrer des Autos ist, ist nicht ersichtlich. P bricht das Auto auf übergibt das Kind einem eilig herbeigerufenen Notarzt.

Die Maßnahme des P ist durch Art. 11 Abs. 1 PAG gedeckt. Im Rahmen des Ermessens muss P die widerstreitenden Interessen berücksichtigen. Gegen seine Maßnahme könnte sprechen, dass er Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) beschädigt. P könnte dies durch eine Halterabfrage und Ermittlung des Aufenthaltsortes des Halters oder Fahrers vermeiden. Auf der anderen Seite sieht P eine akute Lebensgefahr für das Kind, für das jedes weitere Warten den Tod bedeuten könnte. Das grundsätzlich ergebnisoffene Ermessen reduziert sich hier auf Null. Jede andere Handlung als die von P vorgenommene

würde eine so grobe Missachtung der ermessenserheblichen Belange des Lebens des Kindes darstellen, dass sie als rechtswidrig erschiene.

5. Prozessuale Konstellationen der gerichtlichen Kontrolle von Ermessentscheidungen

a) Anfechtungsklage

Wie schon dargestellt wurde (s.o.), können die Verwaltungsgerichte grundsätzlich nach § 114 S. 1 VwGO die Ermessensausübung nicht kontrollieren. Grundlegende Ausnahme hiervon ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolle bzgl. des Vorliegens von Ermessensfehlern.

Für die Fälle der Anfechtungsklage bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht den Ermessensverwaltungsakt nach § 113 Abs. 1 S. 1, § 114 S. 1 VwGO nur aufhebt, wenn ein Ermessensfehler vorliegt und der Kläger hierdurch in seinen Rechten verletzt ist.

Jenseits der Ermessensfehlerkontrolle wird die Ermessensausübung nicht gerichtlich überprüft.

b) Verpflichtungsklage

Bei der Verpflichtungsklage stellt sich die Situation nicht so einfach dar.

Hat der Kläger einen ihn begünstigenden Ermessensverwaltungsakt beantragt, dessen Erlass die Behörde abgelehnt hat, so kann er Verpflichtungsklage auf Erlass des Verwaltungsaktes erheben.

Stellt das Gericht fest, dass die Ablehnungsentscheidung ermessenfehlerhaft war, so bedeutet dies nicht, dass der Kläger automatisch mit seiner Klage Erfolg hat und das Gericht die Behörde zum Erlass des Verwaltungsaktes verurteilt.²⁰ Denn auch wenn die Behörde bei der Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes einen Ermessensfehler begangen hat, verbietet sich die Schlussfolgerung, dass bei korrekter Ermessensausübung der Verwaltungsakt automatisch erteilt worden wäre. Möglicherweise käme die Behörde ebenso bei fehlerfreier Ausübung ihres Ermessens zu dem gerichtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis, den beantragten Verwaltungsakt nicht zu erteilen.

Diese Situation wird prozessual durch § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO gelöst. Das Gericht spricht hiernach die Verpflichtung aus, den Kläger unter der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden (Bescheidungsurteil). Stellt also das Gericht fest, dass die Behörde bei der Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes einen Ermessensfehler begangen hat, so wird die Behörde verurteilt, den Kläger unter seiner Rechtsauffassung neu zu bescheiden.²¹ Das heißt, dass die Behörde eine neue Ermessensentscheidung über den Erlass des Verwaltungsaktes treffen, dabei aber die Erwägungen, die das Gericht als ermessenfehlerhaft angesehen hat, nicht mehr mit einbeziehen darf.

¹⁸ BVerwGE 47, 280 (283).

¹⁹ Kopp/Schenke (Fn. 14), § 114 Rn. 6.

²⁰ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 26 Rn. 10, 19.

²¹ BVerwG JZ 1959, 543.

Beispiel 11:

Unternehmer U beantragt für seinen mittelständischen Betrieb in Augsburg einen Zuschuss in Höhe von 50.000 € nach Art. 9 Mittelstandsförderungsgesetz, wonach kleinen und mittleren Unternehmen zur Steigerung der Leistungsfähigkeit Finanzierungshilfen gewährt werden können. Die Behörde lehnt eine Bezuschussung ab, weil U als gebürtigem Rheinländer eine Förderung durch den Freistaat Bayern nicht zustehe.

Die regionale Herkunft des U ist für die Ermessensfrage der Zuschusserteilung eine sachfremde Erwägung, da der Betrieb des U in Bayern ansässig und die Förderung betriebsbezogen ist. Allerdings sind hier bei der Ermessensausübung viele Faktoren zu berücksichtigen (Größe und Art des Betriebes, finanzielle Lage, Prognose der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung sowie der Branchenentwicklung, nicht zuletzt auch die staatliche Haushaltslage). Da es dem Gericht nun verwehrt ist, dieses Ermessen auszuüben, darf es nicht abschließend entscheiden, ob U die beantragten Mittel gewährt bekommen soll. Daher wird nur ein Bescheidungs Urteil ergehen. Die Behörde muss die Ermessensentscheidung ohne den sachfremden Aspekt der regionalen Herkunft des U neu treffen.

Da das Gericht, wie bereits erwähnt, die Ermessensentscheidung nicht selbst treffen darf, handelt es sich hierbei um einen Fall der fehlenden Spruchreife im Sinne des § 113 Abs. 5 S. 1, 2 VwGO. Spruchreife meint dabei vereinfacht ausgedrückt, dass das Gericht in der Lage ist, den Fall vollumfänglich selbst zu entscheiden.²²

In diesem Zusammenhang gewinnt nun aber die Ermessensreduzierung auf Null an Bedeutung. Liegt eine solche vor, das heißt, sind alle Entscheidungen außer einer rechtswidrig - was das Gericht auch feststellen darf - so kann dieses auch die Verurteilung zu dieser einzig rechtmäßigen Entscheidung vornehmen. Folglich liegt bei der Ermessensreduzierung auf Null Spruchreife nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO vor.²³ Es muss kein Bescheidungs Urteil, sondern ein Vornameurteil ergehen, in dem das Gericht die Behörde nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO zum Erlass eines bestimmten Verwaltungsaktes verurteilt.

III. Der unbestimmte Rechtsbegriff*1. Begriff*

Im Unterschied zum Ermessen kann der unbestimmte Rechtsbegriff grundsätzlich auf Tatbestands- und Rechtsfolge-seite vorkommen. Es handelt sich dabei um einen Begriff in einer Norm, der auslegungsbedürftig, weil vage ist, dessen objektiver Sinn sich also nicht sofort erschließt.²⁴

Beispiel 12: § 20 Abs. 3 BImSchG:

„Die zuständige Behörde kann den weiteren Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage durch den Betreiber oder

einen mit der Leitung des Betriebs Beauftragten untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit dieser Personen in Bezug auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen dartun, und die Untersagung zum Wohl der Allgemeinheit geboten ist.“

Diese Norm enthält gleich mehrere Begriffe, deren objektive Bedeutung sich nicht sogleich erschließt: Unzuverlässigkeit, schädliche Umwelteinwirkungen, Wohl der Allgemeinheit.

Hingegen bezüglich der „schädlichen Umwelteinwirkungen“ der Gesetzgeber in § 3 BImSchG eine Definition vorgesehen hat, ist die Bedeutung der anderen Begriffe durch Auslegung zu ermitteln.

Unbestimmte Rechtsbegriffe kommen im Verwaltungsrecht relativ häufig vor, da der Gesetzgeber viele Normen angesichts der zahlreichen und differenzierten Anwendungsfälle offen gestaltet hat.²⁵

2. Grundsatz der gerichtlichen Kontrolle

Strittig war und ist noch, ob die Behörde bei der Auslegung und Subsumtion der unbestimmten Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum hat, also flexibel bei der Auslegung und Subsumtion dieser Begriffe ist und die gerichtliche Kontrolle der Auslegung insoweit beschränkt wäre.²⁶

Das BVerfG hat klargestellt, dass grundsätzlich die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe gerichtlich voll überprüfbar ist und der Behörde kein Beurteilungsspielraum zusteht.²⁷ Das heißt, dass es nur eine rechtmäßige Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs gibt und die Gerichte auch überprüfen können, ob diese Auslegung stattgefunden hat und die Norm entsprechend dieser Auslegung angewendet wurde.

Beispiel 13:

Dem G wird eine Gaststättenerlaubnis verwehrt, weil er nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG nicht über die erforderliche Zuverlässigkeit verfüge.

Das Gericht überprüft hier, ob die Behörde den Begriff „Zuverlässigkeit“ richtig ausgelegt, das heißt, die richtige Auslegung herangezogen hat, und ob G wirklich im Sinne dieser Auslegung als nicht zuverlässig anzusehen ist.

*3. Ausnahme: Beurteilungsspielräume**a) Anerkannte Fallgruppen der Beurteilungsspielräume*

Für einige Ausnahmesituationen erkennt die Rechtsprechung allerdings doch einen behördlichen Beurteilungsspielraum bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe an, der der gerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich ist. Die folgenden Fallgruppen sind anerkannt:²⁸

²² Kopp/Schenke (Fn. 14), § 114 Rn. 193.

²³ Kopp/Schenke (Fn. 14), § 114 Rn. 207.

²⁴ Jestaedt (Fn. 15), § 10 Rn. 24.

²⁵ Erbguth (Fn. 4), § 14 Rn. 26.

²⁶ Vgl. Maurer (Fn. 3), § 7 Rn. 34 f. m.w.N.

²⁷ BVerfGE 103, 142 (156).

²⁸ Maurer (Fn. 3), § 7 Rn. 37 ff.

- Prüfungen sowie prüfungsähnliche Entscheidungen (z.B. Staatsexamen, Abitur, Klassenversetzung)
- Beamtenrechtliche Beurteilungen
- Risiko-, und Prognoseentscheidungen (z.B. Atomrecht)
- Entscheidungen durch unabhängig gestellte, weisungsfreie Sachverständigenausschüsse (z.B. Bundesprüfstelle)

Von diesen Fallgruppen dürften die Prüfungs- oder prüfungsähnlichen Situationen am relevantesten für die juristische Ausbildung sein.

Beispiel 14:

Jurastudent J bekommt in seiner mündlichen Staatsexamensprüfung die Note „mangelhaft“ (3 Punkte) im Fach Strafrecht. Nach § 4 Abs. 1 JAPO bezeichnet diese Note eine „an erheblichen Mängeln leidende, im ganzen nicht mehr brauchbare Leistung“. J ist der Meinung, dass die Note ungerechtfertigt sei, da er auf etwa jede dritte Frage richtig habe antworten können und fragt, inwiefern die Benotung gerichtlich überprüfbar ist.

Die Begriffe „an erheblichen Mängeln leidend“ und „im ganzen nicht mehr brauchbar“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Anwendung im Regelfall gerichtlicher Kontrolle zugänglich ist.

Für Prüfungssituationen gilt jedoch eine Ausnahme, so dass das Gericht hier keine volle Kontrolle ausüben kann. Der Grund für die Ausnahme liegt bei Prüfungen ebenso wie in den anderen Ausnahmefällen in der Besonderheit der Entscheidungen begründet.

Betrachtet man die oben genannten Ausnahmen genauer, fällt auf, dass in allen Konstellationen die entscheidende Behörde einen gewissen Informations-, Wissens- oder Beurteilungsvorsprung vor dem Gericht hat.²⁹

So kann das Gericht im Unterschied zu den Prüfern die genaue Prüfungssituation nicht rekonstruieren und beurteilen.³⁰ Die für die Prüfungsentscheidung wichtigen Feststellungen, auf welche Fragen J wie geantwortet hat, ob die Antworten erst nach Hilfestellung der Prüfer erfolgt sind, wie die Leistung des J in Verhältnis zu anderen Prüflingen zu werten war etc. kann das Gericht unmöglich treffen.

Damit kann die Benotung grundsätzlich nicht vom Gericht überprüft werden.

b) Prüfungsumfang in Fällen der Beurteilungsspielräume

Allerdings entspricht es schon rechtstaatlichen Gesichtspunkten und der Wertung des Art. 19 Abs. 4 GG, dass auch in den genannten Fallgruppen kein unbegrenzter Beurteilungsspielraum für die Behörde besteht.³¹ Die Gerichte können also zwar keine inhaltliche Kontrolle der Beurteilungsspielräume vornehmen, dafür aber eine, die auf die äußeren Abläufe gerichtet ist. So kann das Gericht bei Prüfungsentscheidungen kontrollieren, ob der Entscheidung sachfremde Erwägungen zugrunde lagen, das Fairnessgebot beachtet wurde, allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe angewendet wurden, der Entscheidung ein zutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt wurde sowie sonstige Verfahrensvorschriften eingehalten wurden.³²

Gerade bei berufsbezogenen Prüfungen, wie Abschlussprüfungen am Ende eines Studiums, verlangen Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG eine effektive gerichtliche Kontrolle.³³

In den anderen anerkannten Fallgruppen des Beurteilungsspielraumes gelten ähnliche Einschränkungen des Beurteilungsspielraumes.³⁴

Beispiel 15:

Jurastudent J bekommt in seiner mündlichen Staatsexamensprüfung die Note „mangelhaft“ (3 Punkte) im Fach Strafrecht. J ist der Meinung, dass diese Benotung ungerechtfertigt sei, da er im Vergleich zu den anderen Prüflingen deutlich kürzer geprüft worden sei und so nicht genug Gelegenheit bekommen habe, sein vorhandenes Wissen zu zeigen. Statt der üblichen 12 Minuten sei er in Strafrecht nur etwa fünf Minuten geprüft worden. Des Weiteren habe der Prüfer eine Antwort des J empört als „total falsch“ abgetan, obwohl die von J vertretene Meinung in mehreren Lehrbüchern und Kommentaren vertreten wird.

Es entspricht gerade im Hinblick auf Art. 3 GG den grundlegenden Anforderungen an das Prüfungsverfahren, dass jeder Prüfling in etwa gleicher Länge geprüft wird. Die signifikant kürzere Prüfungsdauer des J ist ein Verfahrensfehler, der der gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

Die Bewertung einer vertretbaren Antwort als falsch wiederum widerspricht wissenschaftlich anerkannten Bewertungsmaßstäben. Auch diesbezüglich ist die Prüfungsbewertung der gerichtlichen Kontrolle zugänglich.

Zu beachten ist, dass das Gericht auf die Verpflichtungsklage des J hin das Prüfungsamt nicht zu einer Bewertung der Prüfung mit 4 Punkten verurteilen kann. Denn abgesehen von den gerichtlich feststellbaren Fehlern verbleibt es beim Beurteilungsspielraum der Verwaltung, so dass die Sache nicht im Sinne des § 113 Abs. 5 S. 1, 2 VwGO spruchreif ist und das Gericht hier ebenfalls nur ein Bescheidungsurteil aussprechen kann.³⁵

²⁹ Zu Indizien für einen Beurteilungsspielraum *Jestaedt* (Fn. 15), § 10 Rn. 52.

³⁰ BVerwGE 8, 272 (274).

³¹ BVerwGE 59, 213 (216).

³² BVerfGE 84, 34 (53 f.).

³³ BVerfGE 84, 34 (45).

³⁴ *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 35.

³⁵ BVerwGE 90, 18 (24).